

物权法草案文字梳理

徐国栋^{*}

【内容摘要】 本文对物权法草案文本中、文字适用不要提出了意见,并把这些问题概括为:重复规定、不会使用第三人称代词、句子不完整、用语不当、无害规定和赘词、漏字漏词、用语不统一、同语反复定义、意思矛盾、行文不平行、气死寻法者等 11 个类型,并提出了相应的补救方案。文章最后对如何提高立法文本的质量提出了建议。

【关键词】 物权法草案 语言文字 梳理 立法技术培训

一、缘起

2005 年 7 月 7 日,人大法工委民法室以特快专递寄给我《物权法草案》,附信请提意见。当时翻检一下,发现语言文字方面的不顺多如牛毛,指出它们非三言两语所能承担,如果穷尽全部我认为之错而校改之,将占用我过多时间精力。人各有其职、其责,本人之“职”与“责”都不在立法,当立法之“职”者应具有相应的素养并承担相应的责任。如果自感素养不足,请我等提意见,相当于“征用”我的时间精力。按西方国家立法通例,此等征用应给予“充分、有效、及时”的补偿,而在我国,“征用”常有之,“补偿”谈不上。有我这种征用观念的人也不多,许多人盼着被征用。尽管如此,我心有所不安。7 月 20 日,又收到上述民法室以平信寄来的同一草案,同样附信要求提意见,我心惶然,因为手中的问题除了对价的一面外,还有“国家兴亡,匹夫有责”的道理的存在。过了不久,媒体宣布人大法工委面向全社会征集对《物权法草案》的意见的消息,我心释然。认为我发现的草案的那么些问题,“天下”那么多高手难道看不出来?我就没有未尽匹夫之责的内疚了。7 月 25 日,得到《法学》的紧急约稿信,希望我就《物权法草案》提出意见发表于第 8 期的专栏,我马上接受了任务,因为这是一个公平的安排:对国家,我可以尽匹夫之责,让人“征用”一下;对自己,我可以出成果、赚稿费 and 科研奖金。

接下来要考虑的是如何完成任务。《物权法草案》凡 268 条,涉及广袤的物权领域的方方面面,在给定的几千字篇幅中显然不能应对它们,而且我并非物权法专家,它们中的许多问题我达不到研究的层次。考虑再三,我决定以梳理该草案的文字为主题,因为乍一看,草案中这方面的

^{*} 作者单位:厦门大学法学院罗马法研究所。

问题就很严重,而且我有四校 60 万字的《绿色民法典草案》和编《外国民法典译丛》的经验,对如何理顺一个法律文本的文字的工作很敏感。于是,我通读《草案》,找出这方面的问题,把它们分为 11 类加以分析,反映为如下的文字。

二、《物权法草案》文字问题诸类型及其解决

(一) 重复规定型

重复为语法上的最可厌者,在立法上还有浪费有限的文字空间的罪恶,应尽量避免。《草案》中的重复规定包括但不限于如下例示:

其一,第 6 条和第 7 条的重复。第 7 条云:“权利人事享有的物权受法律保护,任何单位和个人不得侵害”;第 6 条再云:“任何单位和个人负有不妨碍权利人行使物权的义务”。在我看来,“任何单位和个人不得侵害”与“任何单位和个人负有不妨碍权利人行使物权的义务”是一回事,可以删掉整个第 6 条的规定。

其二,第 3 条与第 8 条的重复。第 3 条云:“物权的种类和内容,由本法和其他法律规定”;第 8 条再云:“其他法律对物权的种类和内容等另有规定的,依照其规定。”第 8 条的内容在第 3 条中已全部说了,可以整体删除第 8 条。

其三,第 4 条与第 16 条的局部重复。第 4 条云:“.....记载于不动产登记簿的人是该不动产权利人.....”;第 16 条再云:“不动产登记簿记载的事项,是物权归属和内容的根据。”后一条中涉及“物权归属”的内容与第 4 条的上述片段重复,宜将两处规定合并为一处。

其四,第 73 条与第 74 条的局部重复。第 73 条云:“业主对建筑物内的住宅、商业用房等专有部分享有所有权.....”;第 74 条再云:“业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利.....”,两者内容完全重复,后者不过展开前者中“所有权”一语的含义而已,可改成“业主行使前条规定的所有权.....”,如此,条文耐看多了。

其五,第 86 条第 2 款的部分内容与第 94 条重复。前者规定:“业主会议和业主委员会,对任意弃置垃圾.....排放大气污染物、排放噪声.....有权.....要求行为人停止侵害、消除影响、排除妨害、赔偿损失。”后者规定:“不动产权利人有权依照法律规定,禁止相邻权利人排放大气污染物、水污染物、固体废物以及排放噪声、光、磁波辐射等有害物质。”两者的避免重复之道是把第 94 条改成一个准用规定:“不动产权利人有权依照法律规定,禁止相邻权利人实施第 86 条第 2 款规定的行为”。

其六,第 84 条与第 73 条的部分内容重复。第 84 条云:“业主可以自行管理建筑物及其附属设施,也可以委托物业管理机构或者其他管理人管理”;第 73 条云:“业主.....对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。”应该说,第 84 条的上述文字是对第 73 条规定的“共同管理”的权利的展开,这两部分内容宜合并规定在一条中。

其七,第 144 条第 2 款第 6 项与第 147 条重复。前者规定“出让金等费用及其支付方式”是建设用地使用权出让合同的必要条款;后者再规定“建设用地使用权人应当依照法律规定以及合同约定支付出让金等费用”,这里重复了,可以删除。

其八,第 158 条中句子成分内部重复。该条规定:“宅基地使用权人依法享有对集体所有的土地占有和使用的权利,有权自主利用该土地建造住房及其附属设施”。逗号前的“使用”一语与逗号后的“有权自主利用该土地建造住房及其附属设施”的用语重复,后者是前者的表现,可将“使用”删掉,把整个句子改成“宅基地使用权人有权占有集体所有的土地并自主利用该土地建造

住房及其附属设施”。

其九,第149条与第150条的“条件”重复。前者规定:“建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押,但法律另有规定的除外。”后者规定:“建设用地使用权人将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的,当事人应当采取书面形式订立相应的合同。合同的期限由当事人约定,但不得超过原建设用地使用权出让合同剩余的期限。”可以看出,两条第一个逗号前的内容重复。解决方案一,合并两条,把第150条的这部分内容删除,将其其余内容作为第149条的一款;解决方案二,保留两条并立的格局,把第150条的重复部分以“在前条规定的情形”的文句取代。

(二) 不会使用第三人称代词型

不会使用人称代词是人大法工委民法室作品的传统缺点,在统一合同法中表现明显。按语法规则,在前文中已说过的对象,再说到时就应以第三人称代词表示,以避免讨厌的重复。《草案》继续了统一合同法这方面的缺点。

例一,第71条云:“违反国家规定,以无偿或者以低价折股、低价出售等手段将国有财产、集体财产转让,造成国有财产、集体财产流失的,应当……。”在该条中,在第一个逗号前出现了“国有财产、集体财产”的用语,在第二个逗号中又出现了同样的用语,实际上,此处应以“它们”或“此等财产”取代“国有财产、集体财产”的用语才妥。

例二,第217条第2款规定:“债务人以自己的财产设定抵押,抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的,其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任,但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。”此款中“其他担保人”出现了两次,第二次应以“他们”取代。

例三,以上讲了《草案》不会用主格第三人称代词的问题,它也存在不会使用属格第三人称代词问题。例如第96条规定:“不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产的,应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害;造成损害的,应当给予补偿。”此款中“相邻不动产”出现两处,第二处应以属格代词“其”取代。

例四,第148条规定:“建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人,但有相反证据证明的除外。”此款中有两个“建设用地使用权人”,其基本句法结构类同于“徐国栋写的文章属于徐国栋”,这是一种最糟的表达,合理的表达应是“徐国栋写的文章属于他自己”。中国的立法机关到了该学会使用自反人称代词的时候了!

例五,第169条规定:“供役地的权利人应当按照合同约定,容许地役权人利用其土地,不得妨害地役权人行使权利。”此款中也有两处“地役权人”,相信后一处以“他”取代更好。

(三) 句子不完整型

法律规范多是条件——结果句型,两个核心要素或缺其一即构成句子不完整。草案中的如下条文犯了这一缺点:

其一,第95条后半句缺少条件性文字。该条规定:“不动产权利人挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等,不得危及相邻不动产的正常使用和安全;相邻不动产权利人有权要求施工的不动产权利人提供相应的担保。”本条规定潜在损害担保问题,分号以后未设定条件,违反此

例如其第223条第2款的规定:“承租人未经出租人同意,对租赁物进行改善或者增设他物的,出租人可以要求承租人恢复原状或者赔偿损失。”其中“出租人”一语出现两处,第一处可用“其”取代。

等担保的事理之性质,应紧接分号加上“如上述施工有危害相邻不动产安全之虞”。

其二,第19条第3款无条件式句法:“有证据证明异议登记不当,权利人有权申请登记机构注销异议登记。”问题出在“有证据证明异议登记不当”的表达上,这是一个陈述句,无条件的含义,而它在上下文中又处在条件的地位。按照我国的立法用语表达条件的习惯,在“登记不当”后面加一个“的”或在“有证据……”前面加一个“如果”,条件的意思就出来了。

其三,第114条第一句缺主语:“拾得遗失物,应当返还权利人。”在本句中,逗号前为条件,但像“其二”一样未采用条件句法,为此应在“遗失物”后加“的”字;逗号后为结果,但句子缺主语,在“应当”前加上“拾得人”就完整了。

其四,第117条第三句缺第二条件:“拾得人侵占遗失物的,无权请求遗失物的保管费等必要费用和报酬。”此句中,“拾得人侵占遗失物的”为第一条件,第二条件应是“被遗失人发现并索回遗失物的”,如此才谈得上拾得人“无权请求遗失物的保管费等必要费用和报酬”。

其五,第118条后遗漏规定侵占遗失物的民事法律效果。第114条规定拾得遗失物应当返还权利人或交有关机关;第118条规定遗失物在招领公告发布后半年内无人认领的,归国家所有;第119条转入规定拾得漂流物、发现埋藏物或隐藏物问题。这种格局似乎假定所有的拾得人都会将遗失物交权利人或有关机关,对于不这样做而侵占遗失物的行为,情节严重构成犯罪的当然按《刑法》第270条第2款的规定处理,但情节轻微的恐怕还得按民法处理,这方面的规定恐怕仅仅有“无权请求遗失物的保管费等必要费用和报酬”还不够,应该还有“返还遗失物并赔偿损失”之类的规定。

其六,第145条第一句缺主语:“建设用地使用权出让合同订立后,应当向登记机构申请建设用地使用权登记。”此句未告诉我们谁应当申请登记,从第二句“登记机构应当向建设用地使用权人发放建设用地使用权证书”,可以看出这个谁是“建设用地使用权人”,应把这一主语补在第一句的“应当”前。

(四)用语不当型

草案有这一缺点的条文多如牛毛,容分述之。

第一,第181条、第182条、第183条、第186条把遗嘱与遗赠并列不当。例如第181条有这样的表达:“设立居住权,可以根据遗嘱或者遗赠,也可以按照合同约定”,这是不对的,因为遗嘱是一种形式,遗赠是遗嘱的内容之一种,任何遗赠都要通过遗嘱表现出来,因此,“遗嘱”与“遗赠”不能并列为两种设立居住权的工具。

第二,第34条中的“成就”一词使用不当:“因合法建造、拆除住房等事实行为设立和消灭物权的,自事实行为成就时发生效力。”在我国民法术语传统中,“成就”一词只用于描述条件的发生,基于此,本条中的“成就”一语用“完成”取代较好。

第三,第57条讲“国家举办的事业单位”不当。“举办”是一个用于某种活动的动词,不宜用来描述一个设立主体的动作,这样的动作应以“设立”的动词描述。

第四,第192条、第208条、第230条、第241条第2款、第251条弄混了“不”与“未”的区别。例如,第192条规定:“担保物权人在债务人未履行债务时,有权就担保财产优先受偿……。”此句中的“未履行债务”应以“不履行债务”取代,因为“未”是外观描述概念,凡没有履行的,无论是因为履行期未到还是不愿履行或不能履行,都是“未履行”;而“不”是内在意志描述概念,债务人因为履行期未到没有履行的,不构成实现担保物权的理由,只有不愿履行或不能履行构成此等理由。

第五,第66条、第67条中的“私人”用语不当。这两条分别规定:“私人对依法取得的房屋、收入、生活用品等生活资料享有所有权。私人对依法取得的生产工具、原材料等生产资料享有所有权”;“国家保护私人储蓄、投资及其收益。国家保护私人的财产继承权及其他合法权益。”它们相当于《宪法》第13条第1款的规定:“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权”;以及《继承法》第3条的规定:“遗产……包括:(1)公民的收入;(2)公民的房屋、储蓄和生活用品;(3)公民的林木、牲畜和家禽;(4)公民的文物、图书资料;(5)法律允许公民所有的生产资料;(6)公民的著作权、专利权中的财产权利;(7)公民的其他合法财产。”在《宪法》、《继承法》有关规定的语境中,权利人都个人。《物权法草案》的作者认为上述规定用“公民”作为主语描述此等私情境中的权利人过于狭窄,改采“私人”的表达。按第266条第1款第1项给出的“私人”定义,它“包括公民、个体工商户、农村承包经营户、外国人、无国籍人,也包括个人独资企业、外资企业等。”这就引发了一系列问题。其一,把公民作为私人的一种类型,犹如把女人作为男人的一种类型一样失当,因为公民是个人在公的情境中的角色,正犹如私人是个人在私的情境中的角色,两种角色形成完全的对反,一者不能进入另一者的外延;其二,第66条、第67条不过是以《宪法》和《继承法》的有关规定为基础以“私人”替换“公民”为主语,无论是“私人”还是“公民”都被设想成个人,但第266条的定义横插一杠,把私人扩大到包括法人(至少根据《外资企业法》第8条的规定,符合法人条件的外资企业可以成为中国法人),如此就产生了“主语”与“宾语”的不一致。试问,作为法人的外资企业如何按第66条的规定取得“生活用品等生活资料的所有权”?如何按第67条的规定拥有“私人储蓄”,享有“财产继承权”?其三,把私人限定为包括公民、个体工商户、农村承包经营户、外国人、无国籍人、个人独资企业、外资企业等,反面解释,《草案》中的“国家”、“集体”等都是“公人”(第69条把国家、集体和私人并列就包含了这个意思),它们在《草案》中不是作为民事活动的参加者存在,而是作为大小公权力的拥有者存在,如此,物权法调整的关系又如何可能是第2条规定的“平等主体之间的……财产关系”?在我看来,按照《草案》的上述规定的逻辑,说它隐含着“司局级物权关系”、“正处级物权关系”的表达,不会叫人跌破眼镜的。同志们,“私人”系《草案》的轴心性用语,一定要吃透了才能用哦!

第六,第68条关于拆迁、征收的规定中“禁止”的用语不当。该条第1款规定:“国家保护私人的所有权。禁止以拆迁、征收等名义非法改变私人财产的权属关系。”“禁止”的用法表达了起草者对拆迁、征收的强烈反对,如果发生对此等“禁止”的违反,肯定构成违法。然而,同条第2款又谈拆迁、征收的补偿问题;第3款谈违法拆迁、征收的民事、行政和刑事责任问题。既“禁止”,何来第2款规定的补偿问题呢?看来,第1款中的“禁止”用语过火,整个条文欲表达的是“拆迁和征收受限制,但在法律允许的范围内可以为之”的意思,但未表达出来。作为补救,把第1款第2句改成“非经正当程序,不得以拆迁、征收等名义非法改变私人财产的权属关系”,就表达出来了。

第七,第78条第1款第3项中的“更换业主委员会”的表达不妥,应改为“改选业主委员会”。

第八,后条援引紧接着的前条的表达方法不当。紧接着第78条的第79条的援引第78条第1款第5~6项规定的事项时采用了“业主决定本法第78条第1款第5项和第6项规定的事项”的表达,给人以被援引的条文在很远的地方,故需移目寻找的感觉,若改成“业主决定前条第1款第5项和第6项规定的事项”,就不会造成这种带来阅读精力之浪费的感觉,而且会提示读者两

这方面的学说例见徐国栋:《论市民——兼论公民》,《政治与法律》2002年第4期。

个条文之间的密切联系。

第九,第6条等14个条文使用的“单位”用语开倒车。经过参与立法的老一辈民法学家如佟柔教授的努力,中国的民事立法终于接受了法人的概念,单位一词逐步淡出立法领域。156条的《民法通则》还使用该词27次,而428条的《合同法》仅使用它3次;268条的《物权法草案》却使用它13次,把它作为与“个人”并列的核心主体概念。如此,我国的法人制度可以为“单位”制度取代,这样或许更便于与WTO的其他成员国互通法律信息呢!嗬嗬!!

第十,第108条中的“具有家庭关系”动宾搭配不当。该条中“.....除共有人具有家庭关系等以外”的表达应改为“.....除共有人之间存在家庭关系等以外”的表达,如此,既表达了“共有人”是复数的应有之意,“存在”的用语又排除了共有人中的一人为“有”的主体,其他人为客体的可能,揭示了家庭关系的主体际性质。

第十一,准用性规定的表达不当。第110条、第119条、第139条、第230条都有把其他条文规定的法律效果推及于本条规定的生活事实的句式。例如,第110条规定:“两个以上单位、个人共同享有益物权、担保物权的,参照本章规定。”此条中的“参照”是一个不完全动词,它只是“适用”这一动词的前提条件,“参照本章规定”的意思是“参照本章规定适用法律”。因此,“参照本章规定”的表达不完整,但“参照本章规定适用法律”的表达又过于罗嗦。把“参照本章规定”中的“参照”改为“准用”或“适用”,就同时解决了意思完整和用语简洁两个问题。

第十二,第111条第3款表达中的两处不妥。该表达为:“当事人善意取得其他物权的,参照前两款规定”。首先,此款中的“当事人”一语不妥。此语本是民法的术语,后扩用于实体法,但在运用的语境中,必须有使“人们”特定为“当事人”的“事”的因素。在第111条涉及的善意取得语境中,没有这样的“事”的因素。因此,不应使用“当事人”而应使用“民事主体”或《草案》爱用的“单位和个人”的表达。其次,既然“参照前两款规定”,其中的第2款第1项“在受让时不知道或者不应当知道转让人无处分权”就是“善意”的意思,为免重复,第3款中的“善意”二字可以去掉。

第十三,第111条中的“受让人”的语法地位问题。该条涉及“受让人”一语的框架性文字如下:“.....受让人即时取得该不动产或者动产的所有权.....2、以合理的价格有偿转让;3、转让的财产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人”。在如上文字中,“受让人”应始终是主语,以此为据设计表达,该第2项应改为以受让人为主语的“以合理的价格有偿受让”(顺便说一句,“合理的价格”就意味着有偿了,“有偿”二字可以去掉);该第3项的后半句应改为“不需要登记的已得到交付”,这一被动态表达的隐含逻辑主语还是“受让人”。如此修改,第111条整条就有统一的主语贯穿。

第十四,第132条等条中的“互换”一语不妥。在这些场合,该术语用来表达我国民法术语传统中的“互易”的意思,说明土地承包经营权可以如此。这种用法始作俑于2002年的《农村土地承包法》,反映了俗文化对雅文化的排斥以及前者在立法领域的胜利。我想问的是,这种粗俗对高雅的排斥还要持续多久?最终要走到哪一步?我们的民法教学用语与立法用语不一致,民法教师在开讲前先要对我国的立法用语作一番批判,骂骂人,然后再用等号把某个满足白丁要求的用语与教科书上的某个用语连接起来,这是否是件好事?如果不是好事,责任在谁?

第十五,第135条第4款回避使用“改良”术语不妥。该款云:“.....土地承包经营权人对其在承包地上投入而提高土地生产能力的,有权获得合理补偿”,讲的是承包人可以得到“改良”的代价。由于俗文化对科学术语的排斥,产生了如上罗嗦的表达。它不但罗嗦,而且有语病。全句的框架性文字为:“人.....对.....有权”。“对”后面引出的宾语应是一个名词性结构,而起草者把

它搞成了一个带有“的”的句尾语的条件式结构,在语法上乖谬,只能凭猜测理解。即使排除术语使用,“对”以后的文字也要改成“对其在承包地上提高了土地生产能力的投入”才在语法上正确。

第十六,第136条第1款中的“调整”含义不明问题。该款行文如“对承包期内的承包地,发包人不得调整”。“调整”在我国民法术语传统中指法律对社会关系的作用,有其特定的含义。在该款中,“调整”实际上指变更承包合同的主体、客体或样态,用这3个方面的变更的文字取代“调整”的含糊文字难道不更有科学性么?为什么立法起草者总这么讨厌科学性呢?喵喵!!

第十七,第141条“设立用益权人”的表达不当。该条有“不得损害已设立的用益物权人的权利”的文字,其中“已设立的用益权人”的表达错误,因为用益权可以设立,至少作为自然人的用益权人是不能设立的。从该条的上下文来看,起草者想表达的是“已设立的用益权的属主”的意思,应按此等意思修改上述被批评文字。

第十八,与“第十七”相联的是第220条、第228条包含的“撤销抵押人”的表达错误问题。第220条第1款第2项规定:“抵押人被宣告破产或者被撤销的”。此条中的“抵押人”既有自然人又有法人,法人被“撤销”无问题,自然人被撤销就不通了。我国尚未建立自然人破产制度,因此,“抵押人被宣告破产”的表达也只说对了一半。把整个该项改成“作为法人的抵押人被宣告破产或者被撤销的”,就全部通了。

第十九,第10条、第67条、第143条等条中的“国家”用语的累赘以及在其名义下的逃避立法责任问题。在《草案》中,“国家”一语大致在两种含义上使用。其一是立法者(只宣示一些抽象的政策),例如第10条第2款第1句、第67条、第143条中的“国家”、“国家对不动产实行统一登记制度”,“国家保护私人储蓄、投资及其收益”,“国家严格限制农用地转为建设用地……”,在这些场合,“国家”手握立法权宣示一种政策。按世界各国的立法通例,立法者当然有权宣示政策,它的表示就是国家的表示,因此,以上条文中的“国家”都是赘词,可以删掉。其二还是立法者(但要制定一些繁琐的规定),例如第128条中的“国家”、“因不动产被征收、征用致使用益物权消灭或者影响用益物权行使的,应当按照国家规定给予补偿;没有国家规定的,应当给予合理补偿。”在本条中,“国家”可以规定补偿的标准,此等标准的制定在物权法这一基本法的立法权的范围内,归全国人大行使,在具体操作上归全国人大法工委民法室行使。但在第128条中,民法室显然把这一繁琐的工作推给了其他有权自称为“国家”的机关,并且开放了此等机关不制定或制定不出有关标准的可能,把补偿的标准交给公平原则解决,这真是遇到麻烦就推呀!可怜那么多老百姓等着物权法出台解决自己的问题呢!呵呵!!

第二十,第157条、第216条不会使用相当于定冠词的表达问题。第157条规定:“因设立乡(镇)、村企业或者乡村公共设施、公益事业建设等需要使用集体所有的土地的,依照有关法律规定取得建设用地使用权;法律没有规定的,参照本章规定。”本条表达的特别法优先于作为普通法的物权法的意思,其中,“法律没有规定的”一语中的“法律”应指前一句中的“有关法律”。既然“法律”一语在前一句中已经出现,第二次出现时就应加一个类似定冠词的表达把它特定化。根据我编辑《外国民法典译丛》的经验,这样的表达有“此等”或“这些”,不加它们容易造成误解。以第157条最后一句为例:“本章规定”就是“法律”,既然本章已有规定,何来“法律没有规定”?在该文句前加上“这些”的“定冠词”后,特别法优先于普通法的意思就出来了。另外,第216条第一句规定:“抵押人的行为可能使抵押财产毁损或者价值明显减少的,抵押权人有权要求抵押人停止其行为。”逗号后的“其行为”的语法意思是“抵押人的所有行为”,范围很广,而起草者显然只想用此语指毁损抵押财产或减损其价值的行为,由于不会使用“定冠词”造成读者误解,把“其行为”

改成“此等行为”,问题即可获得解决。

第二十一,第170条中的有关表达违反事理之性质。该条行文如“地役权人应当按照合同约定的利用目的和方法利用供役地,尽可能减少对供役地的权利人物权的限制。”逗号后的文字不合地役权的事理之性质,因为该种权利本身就是对供役地所有权的一种限制,把这一部分中的“限制”改成“妨害”,问题就解决了。

第二十二,第14章错误地以地役权的类名取代具体地役权的名称问题。该章对地役权作了一般的规定,作为地役权问题的一个“总则”,如果配之以规定各种地役权的“分则”,倒也不致出现问题。但该章未规定任何具体类型的地役权,例如通行权、引水权、采光权、支搭梁木权等等,而现实生活中并不存在任何一种叫作“地役权”的权利。这种处置给寻法者带来的巨大不便且不说,只说它带来的巨大逻辑问题:“人”是“徐国栋”的类名,可以通过描述“人”来描述“徐国栋”吗?如果可以,则徐国栋的性别、籍贯、学历、学位等区分性要素统统没有了,这将是身份识别上的一场巨大灾难,这样的灾难就发生在一个耗费至少9年之力(从1996年12月人大法工委民法室派团考察法国和意大利的物权法起算)得来的、经过如许专家反复研讨的《物权法草案》中。我至今百思不得其解,为何有些人对具体的、可操作性的规定那么厌恶而避之唯恐不及?毫无疑问,第14章是《草案》中的最典型的“三根棒棒”部分。

第二十三,第207条中的“权属”用语不当。该条第1款第3项规定如“抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属”。其中,“权”和“权属”重复了一个“权”字,把“权属”改为“归属”,问题就解决了。

第二十四,第114条、第115条把“所有人”与“遗失人”并列不当。第115条行文如“有关部门收到遗失物,知道所有权人、遗失人等权利人的,应当及时通知其领取……”。在此句中,“遗失人”指遗失了财产的占有人,应以“占有人”的术语取代,否则就排除了财产在所有人手里遗失的可能。

(五) 无害规定和赘词型

先说无害规定,即不错但没有意义的规定。《草案》中至少有5处这样的规定。其一,第112条中有“对被盗、被抢的财物或者遗失物,所有权人等权利人有权追回”的文句,其所言者乃当然之理,无需规定;其二,第137条中的“任何单位和个人不得贪污、挪用、截留土地补偿费等费用”文句,它不仅属于当然之理,而且属于刑法之理,违反者自有刑罚伺候,物权法无需多言;其三,第72条全条:“国有企业、集体企业直接负责的主管人员严重不负责任,造成国有企业、集体企业破产或者严重亏损的,应当依法承担民事责任和行政责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”把此条定为无害规定的理由同于“其二”,而且它包含行政、刑事规定,与第2条“调整平等主体之间的……财产关系”的声明冲突;其四,第155条中的“建设用地使用权续期后,建设用地使用权人应当按照约定支付出让金;没有约定或者约定不明确的,按照国家规定确定”文句。该条规定的是建设用地使用权合同的更新(采用了“续期”的表达),一旦发生“续期”,当然发生上述文句中描述的效果,而且该文句中的“没有约定或者约定不明确的,按照国家规定确定”的表达乖谬,更新后的合同按原合同的条件履行,如果有这一引号中描述的情形,在原合同履行阶段必定已得到解决,更新后的合同运作不会发生此等问题;其五,第202条在罗列了诸项可以抵押的财产后,于第

关于“三根棒棒”的含义,参见徐国栋:《“三根棒棒”还是雄伟石厦,这是一个问题》,《杭州师范学院学报》2003年第5期。

2款规定:“抵押人可以将前款所列财产一并抵押。”此款属于无害规定,基于“法律未禁止的都可以做”的原则,所列财产当然可以“一并抵押”,何需起草者多言?

再说赘词。《草案》中有多出这方面的毛病,例示几个。其一,第131条规定:“禁止占用承包地建窑、建坟或者擅自在承包地上建房等非法行为……”。此条省略了“国家”的“禁止”施动者主语,甚好,但“非法行为”的用语却累赘,因为行为非法与否,由此句中隐含的“国家”确定。既然被禁止,当然是“非法行为”,再说就多余了;其二,第174条规定:“……土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等依法转让的,地役权一并转让……”,其中的“依法”一语多余,因为一个规定正常行为的法律中涉及的所有行为,都应被设定为“依法”而为的,否则就是另外的语境了;其三,第135条规定:“对承包期内的承包地,发包人不得收回。”其中的“对”字多余,删掉它,可以更明确“承包地”的宾格性质,排除“对”带来的工具格性质。

(六)漏字漏句型

其一,遗漏物主代词。第9条第2款行文如“依法属于国家所有的自然资源,所有权可以不登记”,其中的“依法”一语可删,逗号后的“所有权”指“自然资源”的,应在“所有权”前加“其”字才可以特定化;第48条行文如“依照法律规定只能属于国家所有的不动产和动产,任何单位和个人不能取得所有权。”依据同样的理由,逗号后的“所有权”前应加“其”字;第90条第2款第2句行文如“对自然流水的排放,应当尊重自然流向,”应在“自然流向”前加“其”字才前后呼应上了。

其二,遗漏关键的名词或动词。(1)第76条第1款行文如“建筑区划内的绿地、道路以及物业管理用房,属于业主共有,但属于市政建设的除外。”此款中的“市政建设”后加“项目”或“工程”二字就可以与“绿地、道路”的用语在具体化程度上对应了。不加,一具体一抽象,两者构不成对应关系。顺便指出,此款假想“物业管理用房”有属于“市政建设”项目的可能,很具有荒诞派的色彩。(2)第174条行文如“……土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等依法转让的,地役权一并转让……”,“一并”前似乎遗漏“应”的情态动词,不加是事实描述,加了是主权者命令,我们当然知道法律应是主权者命令。(3)第184条第2款行文如“居住权人对部分住房享有居住权的,可以使用该住房的共用部分”,此句中,“该住房”指前文已出现过的“部分住房”。“该”是相当于定冠词的表达,但起草者打算表达的却是“部分住房”从属的建筑整体的意思,无奈这种意思只能猜来,必能从语法分析得到,在“该住房”后加上“所处建筑”,起草者的上述意思就不用猜了。(4)第188条第1款第5项把“住房被征收的”列为居住权消灭的原因之一,第6项把住房灭失也作为居住权消灭的原因;第189条马上说明在住房灭失情形居住权人得到补偿的可能。这里存在两个遗漏,一是第5项对“拆迁”作为居住权消灭原因之一的遗漏,这也违反了平行说明的要求,因为第68条是把“拆迁”与“征收”并列列为改变私人财产权属关系的原因的;二是第189条对征收导致的居住权人丧失权利客体的处理的遗漏,既然讲了住房灭失带来的这方面问题,也应讲征收带来的同样问题,否则就不应有地留下了一个法律漏洞。(5)第191条行文如“本章规定的居住权,不适用因婚姻家庭、租赁产生的居住关系。”法律适用意义上的“适用”是个要求双宾语的动词,必须在“适用……规范……于……某事”的框架内运用。在第191条的语境中,“适用”的直接宾语是“居住权”,间接宾语是“因婚姻家庭、租赁产生的居住关系”。“适用”后不加“于”字,无以把后面句子成分的间接宾语性质表现出来。当然,“适用……权利”的表达是否正确,很值得怀疑。(6)第252条行文如“法律规定不得留置的,依照其规定。当事人约定不得留置的,按照其约定。”其中的“不得留置”,实际上是某些标的物不得留置,因此,此条遗漏不得留置的客体类型。如前所述,此条中的“法律”应该就是作为基本法的物权法本身,它自己嫌麻烦,怕费

脑筋,甩掉了规定不得留置的客体的责任,以“依照其规定”一语把它甩给其他的法律。根据我的经验,这样的“法律”要么是“实施细则”(只是“则”呀!达不到“法律”的层次);要么是最高法院的司法解释(只是“解释”呀!也达不到“法律”的层次)。经这么二一推作五,民法室又把一个包袱甩出去了,手法不凡哦!(7)第266条第1款第4项是用益物权的定义:“……当事人依照法律规定,对他人所有的不动产,享有占有、使用和收益的权利”,我们知道,用益物权是有期限的权利,最后要针对用益物权人消灭与所有权团圆,只有用益物权人在行使权利的过程中“不损害物的本质”才能做到这一点。因此,如果《草案》还愿意承认所有权的弹性,那还是把引号内的文字加上吧!

(七)用语不统一型

《草案》这方面的问题主要存在于用于描述主体的术语。其一,团体的表达方式问题。第70条第2款采用“企业法人”和“法人”的用语,第6条及其他许多条采用“单位”的术语,第52条采用“集体”的术语。它们彼此存在交叉,由此把逻辑关系搞得混乱不堪。建议统一使用“法人”的术语消除这一混乱。其二,所有权的权利人的表达问题。第58条使用“所有者”的术语,第45条及其他数条使用“所有权人”的术语,第73条及以下数条使用“业主”的术语(所谓的业主,就是单元住房的所有人),建议统一改成“所有人”。尤其是“业主”的概念非常与现有的术语体系冲突,其危害类似于物种入侵,应像剿杀加拿大一支黄花一样剿杀这一术语,这点在我们的《绿色民法典草案》中已做到。其三,农村居民的表达问题。第62条中使用“村农民”,第160条、第162条、第163条又使用“农户”,第204条、第210条又使用“农村承包经营户”。建议统一使用“村民”的术语,不用限制个人自由的“农户”或“农村承包经营户”的术语。

(八)同语反复定义型

众所周知,定义概念不得直接或间接地包含被定义概念。直接包含的,谓同语反复。按照这一标准,第61条第1款“农民集体所有的不动产和动产,属于本集体的成员集体所有”;第100条“共同共有对共有的不动产或者动产共同享有占有、使用、收益和处分的权利”,都是不采用定义形式的同语反复定义。第59条第1款第2、3、4项分别以“集体所有……”的文句说明第1项中待说明的“集体所有”,存在同样的问题。

(九)意思矛盾型

其一,第113条行文如“善意受让人取得动产后,该动产上的原有权利消灭,但善意受让人在受让时知道该权利的除外。”此条的但书中,受让人既然“善意”,又如何可能“知道”动产上的原有权利?起草者显然于此处忘了“善意”本身就是“不知”的意思了。其二,第122条行文如“因……混合而产生的物的归属,有约定的,按照约定;没有约定或者约定不明确的,依照法律规定……”。我们知道,混合有约定混合和意外混合两种,前者出于当事人的约定,后者出于事故,例如大风把两家在场院里晾晒的粮食混合在一起。对于意外混合,根本不存在当事人有约定的可能,其事理之性质与“约定”矛盾,应该分条规定,矛盾由“苟简”造成。其三,第134条行文如“土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让,当事人要求登记的,应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记;未经登记,不得对抗善意第三人。”此条分号前的内容表现为一个任意性规范,当事人要求登记的,土地承包经营权移转交易才登记,不遵守任意性规范不应有法律制裁相

这方面的理由说明,参见徐国栋主编:《绿色民法典草案》,社科文献出版社2004年版,第583页注释1。

参见《普通逻辑》编写组:《普通逻辑》,上海人民出版社1982年版,第39页及以次。

随;分号后的内容表现为一个强制性规范,对不登记课加了不得对抗善意第三人的制裁。这样,分号前内容的任意性与分号后内容的强制性发生矛盾,建议将这两部分统一设定为一种规范。其四,第142条行文如“设立建设用地使用权,可以采取……划拨等方式。……严格限制以划拨方式设立建设用地使用权……”。此条中关于划拨的两处规定语调矛盾,一者是“可以”,一者是“严格限制”,建议采用统一的“严格限制”语调。其五,第156条行文如“建设用地使用权消灭的,出让人应当及时办理注销登记。登记机构应当收回建设用地使用权证书。”其中的“登记机构收回土地使用权证书”的表达与第11条的事理之性质矛盾。按该条,“权属证书”只是申请登记时必须提交的材料之一,并非登记机构发放,既如此,登记机构何来权力“收回建设用地使用权证书”?此等证书还是安排由发放它的机构收回为好。

(十)行文不平行型

平行说明是对立法者提出的同样情形采用同样的文字表达的要求。《草案》在许多条文上未达到这一要求。

其一,第32条与第49条的不平行。第32条行文如“因人民法院的法律文书、人民政府的征收决定等行为导致物权设立、变更、转让和消灭的……”;第49条行文如“……县级以上人民政府依照法律规定的权限和程序,可以征收、征用单位、个人的不动产或者动产……”,这两条都是关于公权力的拥有者“取用”私人的财产的,前者只列举了“征收”的“取用”手段,后者列举了“征收”、“征用”两种手段,更加全面,显然前者应采取后者的表达。

其二,第135条第2款和第3款规定的条件不平行。前者规定承包期内的土地承包经营权人迁入小城镇落户的,可以保留其土地承包经营权;后者规定同样的经营权人迁入设区的市且享有城市居民社保的,应交还承包地。两者的条件都包括迁入城市,但后者增加了取得城市社保的条件,由此必须交还承包地。反推过来,前者之所以不必交还承包地,乃因为未取得城镇社保。因此,必须在第2款增加“不享有城镇居民社会保障待遇”的条件,才达到了这两款规定的平行。

其三,第218条第2款、第234条第2款和第254条第2款等规定中的“前款孳息”用语与第166条第2款、第201条第2款等规定中的“前款所称他人的不动产”、“前款规定的债务人”的类似表达不平行问题。当然是后一种表达正确,前一种属于缺字规定。作为一个仔细的起草者,应在这些地方不光追求表达的精确,而且追求文体的一致。

其四,标点符号的平行使用问题。第166条、第266条的定义对象用引号与第201条第2款的定义对象不用引号存在不平行。第120条的但书前采用逗号与第121条的但书前采用分号也存在不平行。应采用正确的标点符号统一它们。

(十一)气死寻法者型

法典法的思想精华在于让寻法者——民事活动的当事人或法官——在一个法律中基本能找到关于某个问题的全部规范。《物权法草案》作为起草民法典的一个环节完成,应贯彻法典法的这一基本理念。令人遗憾的是,它很不符合这一理念。你想找到一个明确的答案,它偏偏对你含糊其辞,让你摸不着头脑。例如,我现在拾到了一个钱包了,想在《草案》中查到应该交给谁,第114条告诉我要交给“有关部门”,什么是“有关部门”?我一头雾水,只好把这个钱包吞掉算了,而且被气得半死!不完全的列举也比“有关部门”这样的橡皮墙强呀!改成“公安局等有关部门”要好得多。上面的表达只能说明《草案》的起草者自己也不知道应该把拾得的钱包交给哪些部门。“有关部门”的表达还出现于第77条、第114条、第115条,类似的还有第146条中的“有关行政主管部门”。

上面是找不到管事的衙门的烦恼,《草案》还留给我们大量的找不到规范的烦恼。第128条中的“国家规定”,第26条中的“有关规定”,第159条中的“有关法律规定”,第160条“符合规定的标准的宅基地”等带给我们这样的烦恼。法律是行为规范呐!立法者让我们找不到确定的行为规范,俺们只好按自己的想法行事了!

还有犯了事找不到行为后果的烦恼。第235条、第236条、第238条、第253条规定了一定的不当行为要导致“民事责任”,但《民法通则》规定的民事责任有10种之多,到底要承担何种,《草案》的起草者又不愿让俺们知道了,只好花钱去找律师喽!

第178条第1款第2项遗漏两次缴费催告的间隔期,第199条“遗漏”实现担保物权的程序性规定,都带给寻法者无尽的烦恼。第267条怕登记机关太多,让当事人跑路,特规定“房产登记机构和土地登记机构应当通过信息共享等办法,为当事人一并办证提供便利”,但起草者为什么不怕我们为寻法而在各种信息渠道之间跑路,从而为我们提供更为直截了当的法律解决方案呢?模糊规定的本质还是推卸立法责任,逃避详尽立法带来的艰苦研究。

三、结论

从以上可知,《物权法草案》在文字上存在较大的缺陷,原因在于起草者在这方面的能力不够。为了加强这一方面,首先人大法工委民法室可以考虑选派人员接受有关的培训。据我所知,提供立法技术培训学术机构有哥伦比亚大学法学院(Columbia Law School)、路易斯安那的土伦法学院(Tulane Law School)。其次可以在草案的讨论中吸收一些语言文字专家参加,魁北克在制定自己的民法典时已在这方面作出了示范。法典成为美文的可能已由斯汤达每日通过诵读《法国民法典》提高自己的法文修养的实例证明,希望在我国民事立法中也出现这样的证明而不是反证明。为了减少文字上的矛盾,在起草物权法前编一本民法室工作人员自用的《物权法词典》是必要的,也是《德国民法典》的起草者尝试过的。现在《草案》经过9年的打磨,已进入大众讨论阶段,现在编一部这样的词典也不很晚,凭借它可以帮助起草人员理清自己对有关概念的理解,从而把《草案》建立在统一的术语体系上,这是一个很值的投入。

本文对《草案》提了许多文字方面的批评意见,我自己这方面的知识也有限,说得不对的地方请方家指正。

参见徐国栋:《魁北克民法典的世界》,《中外法学》2005年第3期。

参见徐国栋:《民法典的立法程序问题》,《人民法院报》2002年4月22日。